

VU Research Portal

Cowboys en consumenten

Rutgers, JW

2017

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Rutgers, JW. (2017). *Cowboys en consumenten: Algemene voorwaarden in een digitale wereld*. Vrije Universiteit.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

prof.dr.mr. J.W. Rutgers

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

COWBOYS EN CONSUMENTEN

Algemene voorwaarden in een digitale wereld



VRIJE
UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

prof.dr.mr. J.W. Rutgers

COWBOYS EN CONSUMENTEN

Algemene voorwaarden in een digitale wereld

Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Europees Privaatrecht, aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam op 16 november 2017.

Leden van het College van Bestuur,
Dames en heren,

Vandaag wil ik het met u hebben over de gevolgen van de digitalisering en de globalisering op de inhoud van overeenkomsten tussen consumenten en bedrijven. Voordat u de zaal binnenkwam, heeft u wellicht een appje gestuurd, een foto geplaatst op Instagram, gekeken naar een zomerhuis op Airbnb. Om deze middelen te gebruiken heeft u een overeenkomst gesloten met WhatsApp of Instagram. Over de inhoud van de overeenkomst heeft u niet onderhandeld. Deze is eenzijdig vastgesteld door het bedrijf door middel van de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de overeenkomst. De digitalisering en de globalisering hebben tot gevolg dat wij wereldwijd gebruik kunnen maken van deze diensten en producten.

Deze overeenkomsten komen elektronisch tot stand, zonder fysiek contact. Een ander kenmerk is dat consumenten niet alleen overeenkomsten sluiten met bedrijven¹ in eigen land, maar ook met bedrijven in andere landen. Een groot aantal overeenkomst wordt gesloten met tech bedrijven uit Silicon Valley, bijvoorbeeld Google.² Andere tech bedrijven hebben dochters in EU-lidstaten, bijvoorbeeld in Ierland³ en Luxemburg.

3

¹ Hierna zal ik zowel het woord bedrijf als het woord vennootschap gebruiken.

² https://www.google.nl/intl/nl_nl/policies/terms/regional.html.

³ Zie bijvoorbeeld art. 18 Verklaring van rechten en verantwoordelijkheden, Facebook, <https://www.facebook.com/legal/terms>. Personen die geen ingezetenen zijn van Canada of de Verenigde Staten, sluiten een overeenkomst met Facebook Ireland Limited.

Als u iets koopt bij Amazon.nl⁴, Amazon.co.uk of Amazon.de⁵, sluit u overeenkomsten met vennootschappen die gevestigd zijn in Luxemburg.⁶ Als u uw huis te huur aanbiedt via Airbnb.nl, sluit u overeenkomsten met vennootschappen die gevestigd zijn in Ierland en in Engeland.⁷ Overigens zijn het niet alleen de bedrijven uit de Verenigde Staten, maar ook bijvoorbeeld Alibaba dat is gevestigd in China en Singapore, die gebruik maken van een globaliserende wereld. Een nadeel is dat de consument wordt geconfronteerd met algemene voorwaarden die eenzijdig zijn opgesteld door bedrijven met de hoogste beurswaarde of geschatte waarde ter wereld.⁸

Een van de uitgangspunten van het contractenrecht is dat een overeenkomst tot stand komt door wilsovereenstemming tussen de contractspartijen.⁹ Met de industrialisering kwam er massa-productie die om standaard overeenkomsten vroeg, zodat niet meer over iedere overeen-

⁴ 'Welkom op Amazon.nl. Amazon Europe Core Sarl, Amazon Media EU Sarl en/of de aan hen gelieerde ondernemingen (...) bieden website-functionaliteiten aan en andere producten en Diensten wanneer u gebruik maakt van de Amazon.nl-website (...) of iets op de website koopt, of wanneer u producten of Diensten van Amazon, Amazon mobiele apps of in een van de hiervoor genoemde contexten de door Amazon beschikbaar gestelde software gebruikt (...).' https://www.amazon.nl/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=201547600.

⁵ 'Amazon Europe Core Sarl, Amazon EU Sarl und/oder deren verbundene Unternehmen ("Amazon") bieten Webseitenfunktionalitäten und andere Produkte und Services an, wenn Sie die Amazon.de-Webseite (die "Webseite") nutzen oder auf der Webseite einkaufen, Produkte oder Services von Amazon nutzen, Amazon Mobile-Applikationen verwenden oder in einem der vorgehenden Zusammenhänge von Amazon bereitgestellte Software nutzen (zusammen die "Amazon Services"). (...) Amazon.de ist der Handelsname für Amazon.' https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=505048.

⁶ 'Amazon Europe Core SARL, Amazon EU SARL and/or their affiliates (...) provide website features and other products and services to you when you visit or shop at Amazon.co.uk,' [ps://www.amazon.co.uk/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=1040616#GUID-F1612AE4-0CA0-40C5-9B6C-38E1CB5D9B40__SECTION_A42D0C7332414FCF922E73F6D0E7EEF3](https://www.amazon.co.uk/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=1040616#GUID-F1612AE4-0CA0-40C5-9B6C-38E1CB5D9B40__SECTION_A42D0C7332414FCF922E73F6D0E7EEF3).

⁷ De vennootschappen zijn onder meer Airbnb Ireland UC, <https://www.airbnb.nl/terms>.

⁸ *NRC Handelsblad*, 29 juli 2017, F. Wals, Internet blijkt een monopoliemachine, <https://www.nrc.nl/nieuws/2017/07/29/internet-blijkt-een-monopoliemachine-12288913-a1568290>; The rise of superstars, Special Reports, Companies, *Economist*, 17 juli 2016, p. 5.

⁹ A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 40, 164, 189.

komst onderhandeld hoefde te worden.¹⁰ De standaard overeenkomsten hebben de vorm gekregen van de algemene voorwaarden, de kleine lettertjes. De consument heeft niet meer de mogelijkheid om over de inhoud van de overeenkomst te onderhandelen. De consument heeft de keuze tussen het wel of niet sluiten van de overeenkomst.

Algemene voorwaarden kunnen eenzijdig zijn opgesteld door bedrijven en als het ware worden opgelegd aan de consument.¹¹ Ook kunnen algemene voorwaarden in overleg worden opgesteld tussen consumentenorganisaties enerzijds en branche-organisaties anderzijds. Veel algemene voorwaarden die Nederlandse bedrijven gebruiken, zijn tweezijdig opgestelde algemene voorwaarden.¹²

Nu er geen sprake is van twee gelijkwaardige partijen die een overeenkomst sluiten, is de algemene opvatting, dat de zwakkere partij, de consument, beschermd moet worden.¹³ Daartoe is in de laatste twee decennia van de vorige eeuw regelgeving vastgesteld in Nederland en de Europese Unie om de consument te beschermen tegen bepaalde bedingen in algemene voorwaarden. In de Europese Unie is dit de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten die door de lidstaten moet worden omgezet in hun eigen rechtssstelsel.¹⁴ De Richtlijn beschermt consumenten tegen oneerlijke bedingen of in de terminologie van de Nederlandse wetgever tegen onredelijk bezwarende bedingen (art. 6:233 lid 1 BW).

¹⁰ F. Kessler, *Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract*, *Columbia Law Review* 43(1943) p. 629, 631; J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Monografieën BW, B 55, Deventer: Kluwer 2016, nr. 1.

¹¹ E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden*, diss., Deventer: Kluwer 1978, p. 293 e.v.; Hijma, *Algemene voorwaarden*, nr. 1 (voetnoot 10). Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1979, p. 133 e.v.

¹² Zie het overzicht algemene voorwaarden op de website van de SER: https://www.ser.nl/nl/taken/consumentenvoorwaarden/algemene_voorwaarden.aspx.

¹³ Hijma, *Algemene voorwaarden*, nr. 1, 3 e.v. (voetnoot 10).

¹⁴ Art. 6:241 e.v. BW; Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten *PbEG* 1993, L 95/29. Hierna: de Richtlijn oneerlijke bedingen of Richtlijn 93/13.

Uit onderzoek van Marco Loos en Joasia Luzak blijkt dat een aantal tech bedrijven, zoals Google en Facebook, het niet zo nauw neemt met de Europese regelgeving betreffende algemene voorwaarden.¹⁵ Zij stellen dat deze voorwaarden oneerlijke bedingen bevatten, bijvoorbeeld bedingen die eenzijdige wijzigingen van de dienst of de voorwaarden door het bedrijf mogelijk maken.¹⁶ Dus YouTube kan eenzijdig het algoritme wijzigen waardoor het filmpje dat u op YouTube heeft geplaatst minder vaak wordt bekeken. Uit Amerikaans onderzoek naar de algemene voorwaarden van verkopers van software licenties blijkt dat deze algemene voorwaarden gunstiger zijn voor de opsteller van de algemene voorwaarden, de verkoper, dan voor de consument.¹⁷ Ook blijkt uit dit onderzoek dat de voorwaarden van de grote en jonge bedrijven gunstiger zijn voor de verkoper dan de voorwaarden van oude en kleinere bedrijven.¹⁸ Niet is onderzocht waarom dit zo is.

Algemene voorwaarden kunnen zo verworden tot

'(...) one of the many devices to build up and strengthen industrial empires.'¹⁹

Dit schreef de Amerikaanse immigrant Friedrich Kessler in 1943. Hij vervolgt:

'Standard contracts in particular could thus become effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals.'²⁰

Deze discussie uit de jaren veertig van de vorige eeuw is recent nieuw

¹⁵ M. Loos & J. Luzak, Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers, *Journal of Consumer Policy* 2016, p. 63.

¹⁶ Loos & Luzak, *Journal of Consumer Policy* 2016, p. 68 e.v.

¹⁷ F. Moratta-Wurgler, What's in a Standard Form Contract? An Empirical Analysis of Standard Software Contracts, *Journal of Empirical Legal Studies* 4(2007), p. 677, 680, 703. Vgl. Hondius, *Standaardvoorwaarden*, p. 293 e.v. (voetnoot 11).

¹⁸ Moratta-Wurgler, *Journal of Empirical Legal Studies* 4(2007) p. 677, 709.

¹⁹ Kessler, *Colum. L. Rev.* 43(1943) p. 640.

²⁰ Kessler, *Colum. L. Rev.* 43(1943) p. 640.

leven ingeblazen in de Verenigde Staten door andere Margaret Jane Radin.²¹ Zij betoogt dat het gebruik van oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden leidt tot een aantasting van de rechtsstaat. Daartoe voert zij twee argumenten aan. Ten eerste zijn in de algemene voorwaarden forumkeuzebedingen of andere bedingen opgenomen waardoor de consument wordt belemmerd in zijn gang naar de rechter.²² Hierdoor wordt een inbreuk gemaakt op het fundamentele recht van toegang tot de rechter. Daarnaast handelen deze bedrijven in strijd met *de rule of law*. Zij handelen bewust in strijd met democratisch aangenomen regels door bedingen in algemene voorwaarden op te nemen die in strijd zijn met het recht.²³

Dit doet de vraag rijzen of deze tech en andere bedrijven zich niet gedragen als cowboys. In de klassieke western verschijnt de cowboy in twee hoedanigheden: de schurk die eerzame pioniers bedreigt en besteeft of de nobele strijder die dezelfde pionier bevrijdt van en beschermt tegen schurken. Recht speelt in beide gevallen geen rol. Zijn deze tech bedrijven een soort cowboys die zich niets gelegen laten liggen aan het recht of moeten zij anders worden gezien? Zijn deze mondiale bedrijven cowboys die consumenten mogelijkheden bieden of zijn zij schurken die door middel van nieuwe technologieën de consument data ontfutselen om daarmee geld te verdienen? Hierbij spelen algemene voorwaarden een centrale rol, omdat zij de inhoud van de overeenkomst tussen de consument en het bedrijf bepalen.

Hierna zal ik mij concentreren op de bescherming van de consument tegen oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden in elektronische *business-to-consumer*-overeenkomsten (b2c-overeenkomsten). Hierbij zal ik betrekken de mogelijkheid voor contractspartijen om nakoming van de regelgeving te bewerkstelligen. Een probleem bij aankopen via

²¹ M.J. Radin, *Boilerplate*, Princeton and Oxford: Princeton University Press 2014. Vgl. B.H. Bix, *Boilerplate, Freedom of Contract, and "Democratic Degradation"*, *Tulsa Law Review* 49(2013) p. 501.

²² Radin, *Boilerplate*, p. 6, 135 e.v. (voetnoot 21).

²³ Radin, *Boilerplate*, p. 40 (voetnoot 21). Vgl. M.W. Hesselink, *Democratic contract law*, *European Review of Contract Law* 11(2015) p. 81-126.

internet, is dat het gaat om kleine bedragen, terwijl de kosten om nakoming af te dwingen veel hoger zijn.²⁴

De drie situaties: nationaal, Europees en mondiaal

Juridisch moeten drie situaties worden onderscheiden: de mondiale, de interne EU en de nationale situatie, omdat op iedere situatie andere regels van toepassing kunnen zijn. De nationale situatie ziet op het geval dat u, de consument die in Nederland woont, bijvoorbeeld bij de website van Blokker iets koopt. De gehele overeenkomst speelt zich af in één lidstaat, Nederland. Een voorbeeld van de EU-situatie is dat u uw huis te huur zet via Airbnb. U bent nog steeds de consument die in Nederland woont. In dat geval sluit u overeenkomsten met dochterondernemingen van Airbnb die gevestigd zijn in Ierland en Engeland. Er is sprake van een situatie die zich afspeelt binnen de Europese Unie: een consument die in Nederland woont sluit een overeenkomst met een bedrijf dat in een andere lidstaat is gevestigd. Ten slotte, de situatie dat een consument woonachtig in een EU-lidstaat elektronisch een overeenkomst sluit met een vennootschap die is gevestigd buiten de EU. U maakt bijvoorbeeld gebruik van Google of koopt iets via Alibaba. In die gevallen sluit u overeenkomsten met vennootschappen die gevestigd zijn in de Verenigde Staten of in Singapore.

Als meer internationale en intra-EU-overeenkomsten worden gesloten, zullen meer problemen en geschillen tussen contractspartijen ontstaan. Bepalend voor de verhoudingen tussen partijen, de geschillen en de oplossingen zijn algemene voorwaarden. Voor zover bedingen in die algemene voorwaarden oneerlijk zijn, zullen zij de consument niet binden en zullen partijen terug moeten vallen op nationale regelgeving om te bepalen wat hun rechten en verplichtingen zijn.

Ik zal eerst de mondiale en Europese situatie met u bespreken. Vervolgens zal ik ingaan op de nationale situatie. Bij deze bespreking is mijn uitgangspunt dat de consument in een EU-lidstaat woont of meer specifiek in Nederland.

²⁴ Dit is een EU situatie, voor zover Brexit nog geen werkelijkheid is.

De mondiale situatie

Als er problemen zijn tussen partijen, kunnen deze op verschillende manieren worden opgelost. Partijen zullen waarschijnlijk eerst proberen door onderhandelingen hun problemen op te lossen. Als dat niet lukt, kunnen zij een derde bij hun geschil betrekken. Voorbeelden hiervan zijn mediation, arbitrage, bindend advies of een gang naar de overheidsrechter. Onlosmakelijk verbonden met geschiloplossing is de vraag of daadwerkelijk uitvoering aan de uitspraak kan worden of wordt gegeven. Hoewel sommige mondiale bedrijven, bijvoorbeeld eBay, arbitrage in hun algemene voorwaarden hebben opgenomen als de manier van geschilbeslechting voor problemen tussen de gebruiker van eBay en eBay, beperk ik mij tot geschilbeslechting door de overheidsrechter in de mondiale situatie.

Binnen de Europese Unie bestaan uniforme regels met betrekking tot de internationale bevoegdheid van de rechter. Deze zijn neergelegd in een verordening: Brussel Ibis ook wel aangeduid als Brussel I herschikking.²⁵ Als een rechter van een EU-lidstaat wordt geconfronteerd met problemen rond elektronisch b2c-overeenkomst in een mondiale situatie, zal zij deze regels toepassen.

Brussel Ibis bevat speciale regels voor overeenkomsten tussen consumenten en bedrijven (art. 17 Brussel Ibis). Voorwaarde voor toepassing van deze regels in de situatie van elektronische b2c-overeenkomsten is dat de verkoper of leverancier zich heeft gericht tot de consument 'met middelen' (dit zijn de woorden van de verordening) in het land van zijn woonplaats. Een van de aanwijzingen dat een verkoper zich bijvoorbeeld richt op Nederland is een website in het Nederlands.²⁶ Deze

²⁵ Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012 L 351/1.

²⁶ HvJ EU 7 december 2010, zkr C-585/05 en zkr C-144/09, ECLI:EU:C:2010, NJ 2011/164 (Pammer/Reederei Schlüter, Alpenhof/Heller). Zie verder voor aanwijzing dat een handelaar zich richt op het land van de consument: L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 248.

consument wordt ook aangeduid als passieve consument. De passieve consument kan een procedure tegen een bedrijf dat niet in de EU is gevestigd, beginnen in de lidstaat waar hij of zij woont (art. 18 lid 1 Brussel Ibis). Dit zal wel de nodige kosten met zich brengen.

Als de verkoper of leverancier zich niet richt op de consumenten in het land waar de betreffende consument woont, is er geen sprake van een passieve maar van een actieve consument. Stel: een bedrijf dat gevestigd is in Nederland richt zich alleen op consumenten die in België wonen. Een consument die in Duitsland woont, sluit een overeenkomst met dit Nederlandse bedrijf. In die situatie wordt de consument gezien als een actieve consument. Als een actieve consument die in een EU-lidstaat woont een procedure wil beginnen tegen een bedrijf dat niet is gevestigd in een EU-lidstaat, zal de regelgeving van dat land bepalen of de consument bescherming toekomt.

In een nationale situatie worden de rechten en verplichtingen van partijen bij een overeenkomst bepaald door het contractenrecht van het betreffende land. Er is geen mondiaal of EU contractenrecht dat onverkort van toepassing is op elektronische b2c-overeenkomsten. De oplossing is nu dat conflictregels het rechtsstelsel van een bepaald land aanwijzen.²⁷ Dat rechtsstelsel bepaalt vervolgens wat de rechten en verplichten van partijen bij die overeenkomst zijn.

De Europese Unie kent uniforme conflictregels voor overeenkomsten in de Rome I verordening (hierna Rome I).²⁸ Zij zijn zowel van toepassing in intra-EU-situaties als in grensoverschrijdende situaties met een niet-EU element. Deze regels zijn grotendeels nog gebaseerd op het 19de eeuwse gedachtengoed van de Duitse geleerde Friedrich von Savigny, die uit ging van de natiestaat.²⁹ Een rechtsverhouding, zoals een overeenkomst, moet thuis gebracht moet worden in een land zonder dat de inhoud van het materiële recht van belang is. Het conflictenrecht is

²⁷ Strikwerda, *Inleiding*, nr. 26 (voetnoot. 26).

²⁸ Verordening (EG) Nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L 177/6.

²⁹ Strikwerda, *Inleiding*, nr. 37, 39 (voetnoot. 26).

blind. In de loop van de twintigste eeuw zijn regels ontwikkeld om zwakkere partijen, zoals de werknemer en de consument, te beschermen.³⁰ Vervolgens zijn de conflictregels aangepast aan een digitale wereld aan het einde van de twintigste en het begin van de 21ste eeuw. Het uitgangspunt blijft echter een wereld met landsgrenzen, wat de toepassing van deze regels in cyberspace met een platform-economie moeilijk maakt.

Terug naar onze situatie. Stel: een Nederlandse consument wordt geconfronteerd met eenzijdig opgestelde voorwaarden van een bedrijf dat in de Verenigde Staten of in Singapore is gevestigd, bijvoorbeeld Alibaba. Nu moet op grond van Rome I vastgesteld worden welk recht van welk land op deze situatie van toepassing is. Evenals Brussel I bis, kent Rome I het onderscheid tussen actieve en passieve consumenten (art. 6 Rome I). Alleen de passieve consument wordt beschermd.³¹ Dit betekent dat partijen niet door middel van een rechtskeuze het dwingende recht van het land van de woonplaats van de consument opzij kunnen zetten. Als de consument in een EU-lidstaat woont, betekent dit dat partijen niet door middel van een rechtskeuze voor het recht van een niet-EU land de bescherming van richtlijn 93/13 zoals die volgt uit de implementatie in het recht van het land van de woonplaats van de consument kunnen weg contracteren. De implementatie van deze richtlijn kan wel verschillen van lidstaat tot lidstaat, omdat deze richtlijn minimum harmonisatie bevat (art. 8 Richtlijn 93/13). Minimum harmonisatie houdt in dat lidstaten de consument meer bescherming mogen bieden dan een richtlijn voorschrijft.

De situatie is anders als het gaat om een actieve consument. In principe kan in die situatie door een rechtskeuze voor een niet EU-lidstaat,

³⁰ Vgl. X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen, A.P.M.J. Vonken), *Mr C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 848; Strikwerda, *Inleiding*, nr. 39 e.v., 77 e.v. (voetnoot. 26).

³¹ Asser/Kramer & Verhagen 10 III 2015/848 e.v.; vgl. Strikwerda, *Inleiding*, nr. 174 (voetnoot. 26).

bijvoorbeeld China, de bescherming die voortvloeit uit richtlijn 93/13 weg worden gecontracteerd. Als de consument in Nederland woont, is dat weer niet mogelijk omdat de Nederlandse wetgever in art. 6:247 lid 4 BW heeft bepaald dat de consument de bescherming van de Nederlandse regels betreffende algemene voorwaarden toekomt, zodra de consument woonplaats in Nederland heeft.³² Hoewel de niet-EU-situatie buiten het toepassingsgebied van de richtlijn valt, kunnen wetgevers van de EU-lidstaten bepalen dat deze regels ook van toepassing zijn op de extra-EU-situaties. Op het eerste gezicht is er in die situaties geen verplichting om deze regels richtlijn conform uit te leggen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft echter overwogen dat het EU lidstaten vrij staat om ook voor die situaties prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.³³ Dit betekent dat in het geval dat een consument in Nederland zijn woonplaats heeft en een overeenkomst heeft gesloten met een verkoper of leverancier die niet in de EU is gevestigd, de Nederlandse rechter de algemene voorwaarden zal toetsen aan de Nederlandse regelgeving. In die situatie is het aan Nederland om te bepalen of deze bepalingen richtlijn conform geïnterpreteerd zullen worden.

Een derde vraag die van belang is, is of een vonnis van een bepaalde rechter in een ander land wordt erkend en ten uitvoer kan worden gelegd. Stel: een consument die in Nederland woont of in een andere EU-lidstaat, heeft een vonnis verkregen waarin het bedrijf wordt veroordeeld om iets te betalen of te leveren. Vervolgens doet dit bedrijf dat niet. Als dit een puur Nederlands geval was geweest, had de consument de deurwaarder kunnen vragen om dit vonnis ten uitvoer te leggen. In een niet EU situatie is dat zeer ingewikkeld. In die situaties is de

³² Vgl. art. 6 lid 2 Richtlijn 93/13. Daaruit blijkt dat de richtlijn ziet op EU-situaties. Lidstaten moeten er voor zorg dragen dat het niet mogelijk is om door middel van een rechtskeuze voor een niet EU-lidstaat aan de bescherming van richtlijn 93/13 te ontkomen in een EU situatie. De Nederlandse wetgever heeft hieraan uitvoering gegeven door in art. 6:247 lid 4 BW te bepalen dat als de consument woonplaats in Nederland heeft, de afdeling betreffende algemene voorwaarden toepassing vindt ongeacht het toepasselijke recht. Asser/Kramer & Verhagen 10 III 2015/868.

³³ HvJ EU 16 maart 2006, zkr C-3/04, ECLI:EU:C:2006:176 (Poseidon Chartering BV/Marianne Zeeschip VOF e.a.).

algemene regel dat een vonnis van een rechter van een ander land niet ten uitvoer gelegd kan worden, tenzij er verdragen hieromtrent bestaan tussen de landen (art. 431 Rv).³⁴ In de praktijk zal een nieuwe procedure voor de Nederlandse rechter moeten worden begonnen. In deze procedure wordt het getoetst of het vreemde vonnis voldoet aan de eisen van het commune recht voor erkenning. Als het vreemde vonnis hieraan voldoet, zal de gedaagde worden veroordeeld tot datgene waartoe hij ook was veroordeeld in het vreemde vonnis. Zo zijn er bijvoorbeeld geen verdragen tussen de Verenigde Staten en de Europese Unie of Nederland betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen van overheidsrechters.³⁵

In het kort, de geschiloplossing in mondiale of internationale situaties is zeer problematisch.³⁶ Deze brengt hoge kosten met zich en partijen kunnen geconfronteerd worden met verschillende rechtsstelsels. Nu er geen wereldwijde regulering is, maken mondiale bedrijven gebruik van de gelegenheid om hun contractuele verhoudingen met niet-professionele klanten, de consumenten, te reguleren door het opleggen van eenzijdig opgestelde algemene voorwaarden. Een onderdeel hiervan is dat platformen geschilbeslechtsmechanismen ontwikkelen om problemen tussen hun gebruikers op te lossen. Zo heeft eBay een *resolution centre*.³⁷ Airbnb heeft een soort verzekerings-instrument, dat geen verzekering is volgens de voorwaarden van Airbnb.

De Europese situatie

In de Europese Unie is de situatie anders. In de Europese Unie wordt elektronisch contracteren gezien als een middel om de intra-EU handel te bevorderen en is het een van de pijlers onder het plan betreffende

³⁴ Strikwerda, *Inleiding*, nr. 271 (voetnoot. 26).

³⁵ Strikwerda, *Inleiding*, nr. 271 (voetnoot. 26).

³⁶ P. Ortolani, Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin, *Oxford Journal of Legal Studies* 36(2016), No. 3, p. 595.

³⁷ Vgl. D. Dimov, *Crowdsourced Online Dispute Resolution*, diss. Leiden, 2017, p. 5 e.v. E. Katsch & O. Rabinovitch-Einy, *Digital Justice*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 66.

een eengemaakte digitale markt van Junckers Europese Commissie.³⁸ Hoewel het kopen in een andere lidstaat steeds makkelijker wordt, maakt de Europese consument hier volgens de Europese Commissie te weinig gebruik van.³⁹ De Europese consument koopt vooral elektronisch binnenslands en veel minder grensoverschrijdend. Uit de Flash Eurobarometer 397, geciteerd in een bijbehorend document bij de Mededeling over een eengemaakte digitale markt, blijkt dat in 2014 61% van de Europese consument vertrouwen heeft in binnenlandse elektronische handel, terwijl 38% vertrouwen heeft in elektronische handel met een bedrijf in een andere EU-lidstaat.⁴⁰ Uit onderzoek uit 2017 blijkt dat het vertrouwen van consumenten in grensoverschrijdende handel is gegroeid. In 2017 heeft 72,4% van de consumenten vertrouwen in binnenlandse aankopen en 57% van de consumenten in grensoverschrijdende aankopen.⁴¹

Om deze intra-EU handel te bevorderen moet er 'een betere toegang tot online-goederen en – diensten voor consumenten en ondernemingen in heel Europa' komen. Volgens de Europese Commissie zijn de verschillende nationale stelsels van contractenrecht een van de belemmeringen voor deze handel.⁴² De Europese Commissie heeft daarom een voorstel gedaan voor twee nieuwe richtlijnen op het gebied van het contractenrecht, te weten een voorstel voor een richtlijn betreffende de levering van digitale inhoud⁴³ en een voorstel voor een richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop

³⁸ Mededeling Strategie voor een digitale eengemaakte markt voor Europa, Brussel 6 mei 2015, COM(2015) 192 final.

³⁹ Gewijzigd voorstel voor een richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 (...) en Richtlijn 2009/22/EG (...) en tot intrekking van Richtlijn 1999/44, Brussel 31 oktober 2017, COM(2017) 637 final, p. 4. Zie ook: Mededeling Digitale overeenkomsten voor Europa – Het aanboren van het potentieel van elektronische handel, Brussel 9 december 2015, COM(2015) 633 final, p. 1.

⁴⁰ Commission Staff Working Document, A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence, Accompanying the Document Communication a Digital Single Market Strategy for Europe, Brussel 6 mei 2015, SWD(2015) 100 final, p. 6, voetnoot 15.

⁴¹ COM(2017) 637 final, p. 4, voetnoot 15.

⁴² COM(2015) 633 final, p. 3.

⁴³ COM(2015) 634 final.

en andere verkoop op afstand van goederen.⁴⁴ Na kritiek is het laatste voorstel aanzienlijk gewijzigd en ligt nu een gewijzigd voorstel voor.⁴⁵ Dit voorstel houdt onder meer in dat dezelfde regels van toepassing zijn op online en offline consumentenkoopovereenkomsten. Over het voorstel voor een richtlijn betreffende digitale inhoud zijn onderhandelingen gaande tussen de Raad en het Europees Parlement op het moment van schrijven. Op grond van een evaluatie van de andere richtlijnen, *Refit fitness check*, komt de Europese Commissie tot de conclusie dat onder andere de Richtlijn oneerlijke bedingen voldoet aan de vereisten van een digitale markt.⁴⁶ Wel is vereist dat deze beter worden gehandhaafd.⁴⁷

Terug naar de algemene voorwaarden in een EU-situatie. In een dergelijke situatie zal de consument vaak geconfronteerd worden met algemene voorwaarden die eenzijdig zijn opgesteld door een bedrijf. Hoe wordt de consument beschermd in die situaties tegen oneerlijke bedingen? In een EU-situatie moet zowel Rome I als Richtlijn 93/13 zoals omgezet in het nationale recht worden toegepast. Hierbij moet worden bedacht dat de toepassingsgebieden van Rome I en de Richtlijn oneerlijke bedingen verschillen. Rome I is onder andere van toepassing op b2c-overeenkomsten tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn. De beschermingsregels met betrekking tot b2c-overeenkomsten gelden alleen voor de passieve consument (art. 6 Rome I). De Richtlijn oneerlijke bedingen is van toepassing op alle b2c-overeenkom-

⁴⁴ COM(2015) 635 final.

⁴⁵ COM(2017) 637 final.

⁴⁶ Commission Staff Working Document, Executive Summary of the Fitness Check on Directive 2005/29/EC (...) ('Unfair Commercial Practices Directive'); Council Directive 93/13/EEC (...) on unfair terms in consumer contracts; Directive 98/6/EC (...) on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers; Directive 1999/44/EC (...) on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees; Directive 2009/22/EC (...) on injunctions for the protection of consumers' interests; Directive 2006/114/EC (...) on misleading and comparative advertising, Brussel 23 mei 2017, SWD(2017) 208 final, p. 2 e.v.; A. Ansip, Editorial, The Digital Single Market Strategy two years on, *EuCML* 2017, issue 4, p. 146.

⁴⁷ SWD(2017) 208 final p. 3.

sten⁴⁸, mits die voorwaarden bevat waarover partijen niet hebben onderhandeld. Daarnaast lijkt de toepassing van de regels die voortvloeien uit de Richtlijn beperkt tot nationale en grensoverschrijdende situaties binnen de Europese Unie (art. 6 lid 2).

Zoals gezegd biedt art. 6 Rome I geen bescherming aan de zogenaamde actieve consument. Kan een bedrijf, dat gevestigd is in een EU-lidstaat, een rechtskeuze-beding voor een niet-EU-land opnemen in zijn algemene voorwaarden om zo de bescherming die de richtlijn biedt, te omzeilen? Dit kan niet.⁴⁹ Er zijn verschillende manieren om tot die conclusie te komen. Als de consument in Nederland woont, kan de rechter art. 6:247 lid 4 BW toepassen, mits de zaak voor de Nederlandse rechter is gebracht. Als het gaat om een geschil dat voor de rechter van een andere EU-lidstaat is gebracht, zal de rechter aan de hand van de implementatie van Richtlijn 93/13 in het recht van zijn land, moeten bepalen of een rechtskeuze voor een niet EU-land in overeenstemming is met deze regels van materieel recht. Op een andere plaats heb ik betoogd dat een rechtskeuze voor een ander rechtstelsel dan het recht van het land van de woonplaats van de consument als een oneerlijk beding moet worden beschouwd op grond van toepassing van de Aziz-rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.⁵⁰ Als dat inderdaad het geval is, is het beding niet bindend en zal op grond van art. 4 Rome I bepaald moeten worden welk recht van toepassing is op de overeenkomst. Hoogstwaarschijnlijk is dat het recht van het land waar de verkoper of dienstverlener is gevestigd.

Voor zover de verkoper of leverancier gevestigd is in een lidstaat, brengt dat met zich dat uiteindelijk de regels voortvloeiend uit de implementatie van richtlijn 93/13 van toepassing zijn en de consument door die regels zal worden beschermd.

⁴⁸ HvJ EU 30 mei 2013, zkr C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487 m.nt. M.R. Mok (Asbeek Brusse, De Man Garabito/Jahani BV).

⁴⁹ Vgl. Loos & Luzak, *Journal of Consumer Policy* 2016, p. 85 e.v.

⁵⁰ J.W. Rutgers, Case Note, Court of Justice of the European Union 28 July 2016, Case C-191/15 Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl, ECLI:EU:C:2016:612, NILR 2017 no. 1, p. 163.

Dus in een Europese situatie zal een consument linksom of rechtsom uiteindelijk beschermd worden door de regels die voortvloeien uit de Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen.

De geschiloplossing binnen de EU wordt ook geplaatst in het licht van de bevordering van de handel binnen de interne markt. De internationale bevoegdheid van de overheidsrechter van een EU-lidstaat en de erkenning en tenuitvoerlegging van uitspraken van EU-rechters worden beheerst door Brussel Ibis. In deze situatie, anders dan in de mondiale, worden uitspraken van EU rechters in andere lidstaten erkend en tenuitvoergelegd (art. 36, 39 Brussel Ibis).

De problemen met betrekking tot geschiloplossing voor b2c-overeenkomsten heeft de Europese Commissie onderkend. Zij heeft verschillende initiatieven ontplooid die tot regelgeving hebben geleid, zoals bijvoorbeeld de Verordening betreffende de Europese betalingsbevelprocedure⁵¹ en de small claims Verordening.⁵²

De Raad heeft een Richtlijn betreffende alternatieve geschilbeslechting en een Verordening voor online geschillenbeslechting⁵³ aangenomen. Anders dan de naam van de Verordening Online Geschilbeslechting doet vermoeden, roept deze verordening geen online geschilbeslechting in het leven, maar faciliteert slechts de oprichting van een online platform. Het doel van dit platform is om een consument die online een overeenkomst betreffende een dienst of een zaak heeft gesloten met een bedrijf dat gevestigd is in een andere EU-lidstaat te laten onderhandelen met het bedrijf over de juiste alternatieve geschilbeslechter.⁵⁴ Er is kritiek op deze verordening in de literatuur.⁵⁵ Deze kritiek richt zich

⁵¹ Verordening (EG) Nr. 1896/2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedures, *PbEU* 2006, L 399/1.

⁵² Verordening betreffende de Europese procedure voor geringe vorderingen, *PbEU* 2007, L 199/1.

⁵³ Verordening 524/2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen (ODR), *PbEU* 2013, L 165/1.

⁵⁴ <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.statistics.show>.

⁵⁵ Zie G. Rühl, Alternative and Online Dispute Resolution for Cross-Border Consumer Contracts: a Critical Evaluation of the European Legislature's Recent Efforts to Boost Competitiveness and Growth in the Internal Market, *Journal of Consumer Policy* 38(2015) p. 431–456.

onder andere op het feit dat de consument moet procederen in het land van zijn contractspartij en in de taal van zijn contractspartij. Ook blijkt niet duidelijk wat de situatie is als de geschilbeslechter komt tot een veroordeling van een der partijen en deze geeft geen gehoor aan deze beslissing. Op welke wijze kan de winnende partij dan de beslissing ten uitvoer leggen?

De nationale situatie

We hebben gezien dat consumenten in mondiale en EU situaties geconfronteerd kunnen worden met algemene voorwaarden die eenzijdig zijn opgesteld en dat het ingewikkeld is voor consumenten zich te verweren tegen oneerlijke bedingen als de verkoper of leverancier daar een beroep op doet. Nu staat de nationale en meer specifiek de Nederlandse situatie centraal.

In de puur interne Nederlandse situatie heeft de consument minder kans om met eenzijdig vast gestelde algemene voorwaarden te worden geconfronteerd en wel vanwege het volgende. In Nederland vindt onder leiding van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg (SER CZ) van de Sociaal Economische Raad (SER) overleg plaats tussen enerzijds branche-organisaties en anderzijds consumentenorganisaties over de algemene voorwaarden die worden gehanteerd.⁵⁶ Er zijn clusters waarbinnen overleggroepen actief zijn om algemene voorwaarden op te stellen.⁵⁷ Bij het cluster *overig* wordt bijvoorbeeld de overleggroep gezelschapsdieren genoemd. Deze groep heeft vier sets algemene voorwaarden voortgebracht: te weten de algemene voorwaarden dierenpensions, de algemene voorwaarden trimsalons, de algemene voorwaarden hondenuitlaatservices en de algemene voorwaarden dierenpeciaalzaken webshops.⁵⁸ Voorzitter van deze overleggroep is de Leidse hoogleraar Castermans. Een ander voorbeeld zijn de bankvoor-

⁵⁶ <https://www.ser.nl/nl/taken/consumentenvoorwaarden.aspx>. <https://www.ser.nl/nl/raad/commissies/coordinatiegroep-zelfreguleringsoverleg.aspx>.

⁵⁷ https://www.ser.nl/nl/taken/consumentenvoorwaarden/algemene_voorwaarden.aspx.

⁵⁸ https://www.ser.nl/nl/taken/consumentenvoorwaarden/algemene_voorwaarden/overig.aspx.

waarden die net opnieuw zijn vastgesteld.

Voor het online contracteren zijn de algemene voorwaarden Q-shops keurmerken, de algemene voorwaarden thuiswinkel en de algemene voorwaarden webshop van belang. Leden van een branche-organisatie verplichten zich de algemene voorwaarden zoals vastgesteld door de branche-organisatie te gebruiken. Als zij dit niet doen, is sprake van een oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193g sub a BW). In dat geval kan een overeenkomst aangegaan onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk worden vernietigd (art. 6:193j lid 3 BW) en staat vast dat de handelaar onrechtmatig heeft gehandeld (art. 6:193b lid 1 BW).

Voor dit overleg tussen het bedrijfsleven en de consumentenorganisaties zijn spelregels opgesteld en aanwijzingen voor de inhoud van de algemene voorwaarden.⁵⁹ Hieruit blijkt dat deze onderhandelingen plaatsvinden in de schaduw van het recht. Deze schaduw houdt in dat deze voorwaarden geen bedingen bevatten die strijdig zijn met het recht. Met andere woorden, het doel is dat deze voorwaarden geen oneerlijke of onredelijk bezwarende bedingen bevatten.⁶⁰ Daarnaast beogen deze algemene voorwaarden een balans te vinden tussen de belangen van bedrijven enerzijds en die van consumenten anderzijds. Internationale bedrijven, zoals Facebook, Google etc., maar ook het van oorsprong Nederlandse bedrijf Booking.com, nemen geen deel aan deze overleggen.

Ook bij de geschilbeslechting speelt de polder in Nederland een grote rol in geschillen tussen een consument en een bedrijf. Zoals gezegd zijn er verschillende manieren om geschillen op te lossen; onderhandelen, private rechtspraak (arbitrage en bindend advies) en geschilbeslechting door de overheidsrechter. In Nederland zijn de bekendste in b2c-geschillen: een gang naar de overheidsrechter of naar een Geschil-

⁵⁹ <https://www.ser.nl/nl/~media/files/internet/consumentenvoorwaarden/av/handleiding.ashx>.

⁶⁰ Dit wordt niet expliciet geformuleerd in de handleiding van de Ser, maar lijkt wel het uitgangspunt te zijn. Vgl. <https://www.ser.nl/nl/~media/files/internet/consumentenvoorwaarden/av/handleiding.ashx>, p.12.

lencommissie. Minder gebruikte manieren van geschiloplossingen in Nederland zijn arbitrage en mediation.⁶¹

De geschilbeslechting door geschillencommissies is geïnstitutionaliseerd in Nederland door de Stichting Geschillencommissie en wordt gezien als een sluitstuk van de tweezijdig opgestelde voorwaarden.⁶²

Aan ieder cluster van de SER CZ, waarbinnen algemene voorwaarden opgesteld zijn is een geschillencommissie verbonden. Een geschillencommissie bestaat uit een vertegenwoordiger van de consumenten en een vertegenwoordiger van de branche en een jurist als voorzitter. Deze geschillencommissies doen uitspraak door middel van bindend advies, net als de Rijdende Rechter. De geschillencommissie worden gefinancierd door het bedrijfsleven, de brancheorganisaties, en de overheid. Het devies van de geschillencommissies is dat het snel, simpel en goedkoop is.⁶³ De Europese Commissie vond deze vorm van geschilbeslechting zo aantrekkelijk dat deze model heeft gestaan voor de Richtlijn voor alternatieve geschillenoplossing.⁶⁴ Op grond van de implementatiewet van deze richtlijn moeten erkende geschillencommissies voldoen aan bepaalde eisen.⁶⁵

Uit onderzoek van Bauw en Hartendorp uit 2005 blijkt dat, anders dan soms wordt gesteld, de overheidsrechter een belangrijke rol speelt

⁶¹ Zie bijvoorbeeld: A.R. Lodder & J. Zeleznikow, *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 2 e.v.

⁶² Zie over deze wijze van geschilbeslechting: M.B.M. Loos, in: M.B.M. Loos, W.M. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht*, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 88 e.v.; T. van Mierlo, *Self-Regulation in the Consumer Field: The Dutch Approach*, in: *European Contract Law and the Welfare State*, J.W. Rutgers (red.), Groningen: Europa Law Publishing 2012, p. 115 e.v.

⁶³ Vgl. E. Bauw & R.C. Hartendorp, *Kantonrechter of geschillencommissie in consumentenzaak: de feiten op een rij*, *NJB* 2005, afl. 44, p. 2305.

⁶⁴ L. van Hoppe, *De Implementatiewet buitengerechtelijke geschilbeslechting consumenten*, *AA* 2015, p. 1004; Richtlijn 2013/11 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen, betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen (richtlijn ADR consumenten), *PbEU* 2013, L165/63.

⁶⁵ Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten, wet van 16 april 2015, *Stbl.* 2015, 160; Van Hoppe, *AA* 2015, p. 1005 e.v.

naast de geschillencommissies.⁶⁶ Zij baseren hun onderzoek op cijfers uit 2004 en zij schatten dat er in dat jaar 26.500 zaken bij de kantonrechter waren aangebracht.⁶⁷ Bij de geschillencommissies werden 11.781 zaken aangebracht. Deze procedures bij de kantonrechter zijn vaak begonnen door de bedrijven, terwijl die bij de geschillencommissies vaak begonnen zijn door de consument.⁶⁸ Het duurde gemiddeld 77 kalenderdagen voordat er een uitspraak op tegenspraak was bij de kantonrechter en 186 dagen bij de geschillencommissie.⁶⁹ Uit het jaarverslag van de Stichting geschillencommissies over 2016 blijkt dat de gemiddelde behandelingsduur drie maanden is. Om dit gemiddelde te berekenen zijn ook schikkingen ter zitting en schikkingen door deskundigen meegerekend.⁷⁰

De geschilbeslechting in consumentenzaken blijft problematisch, omdat het belang van de zaak de kosten van een gang naar de rechter of geschillencommissie niet kunnen dragen. Het laagste tarief van het griffiegeld is € 78,00 en daarnaast moet vooralsnog een dagvaarding van € 84,00 worden uitgebracht. Ook een gang naar de geschillencommissie is niet gratis. Het klachtgeld varieerde tussen de € 25,00 en € 340,- in 2016.⁷¹

Dit is de reden dat men blijft zoeken naar alternatieven. Voorbeelden die door de polder zijn ontwikkeld, zijn Rechtwijzer en Klachtenkompas.nl. Rechtwijzer is een initiatief de Raad voor de Rechtsbijstand en de Universiteit Tilburg.⁷² Aan de hand van een elektronische vragenlijst

⁶⁶ Bauw & Hartendorp, *NJB* 2005, afl. 44, p. 2304.

⁶⁷ Bauw, Hartendorp, *NJB* 2005, afl. 44, p. 2306. Uit ander onderzoek betreffende verstekzaken in de incassoprocedure blijkt dat 89 % van de onderzochte zaken een beloop heeft tot € 2500,00. In 98 % van de zaken treedt een rechtspersoon op als eiser, die bedrijfsmatig opereert. In 96 % van de gevallen is de gedaagde een natuurlijk persoon. X. Kramer, I. Tillema, M.L. Tuil, De verstekprocedure getoetst: een empirisch onderzoek naar de verstekprocedure in het licht van het KEI-programma, *TCR* 2014, nr. 1, p. 2.

⁶⁸ Vgl. Kramer e.a., *TCR* 2014, nr. 1, p. 2.

⁶⁹ Bauw & Hartendorp, *NJB* 2005, afl. 44, p. 2306.

⁷⁰ Jaarverslag 2016, Stichting de Geschillencommissie, Consumentenzaken, p. 19, <https://www.degeschillencommissie.nl/over-ons/publicaties/>

⁷¹ Jaarverslag 2016, Stichting de Geschillencommissie, Consumentenzaken, p. 21.

⁷² [http://www2.rechtwijzer.nl/?theme=2](http://www2.rechtwijzer.nl/?theme=2;); <https://rechtwijzer.nl/door-wie-is-rechtwijzer-ontwikkeld>.

wordt consumenten geadviseerd wat voor hen de beste manier is om hun geschil op te lossen. Hierbij wordt betrokken hoeveel tijd en geld zij willen investeren in het oplossen van het probleem.

Klachtenkompas.nl is een initiatief van de Consumentenbond. Er is samenwerking tussen de VU en de Consumentbond om de klachten, oplossingen en perceptie van consumenten te analyseren.

Klachtenkompas.nl is een elektronisch platform, waar consument en bedrijf publiekelijk kunnen onderhandelen als een consument een klacht heeft over een dienst of een zaak die hij heeft gekocht.⁷³ De consument formuleert niet alleen een klacht maar ook een oplossing voor zijn probleem op het platform. Een bedrijf kan reageren op de klacht, maar is daar niet toe verplicht. Vervolgens komen partijen tot een oplossing of niet. Ten slotte geeft de consument aan wat hij/zij van de oplossing vindt. Op het moment van schrijven zijn 3.371 bedrijven actief op Klachtenkompas.⁷⁴ De aanduiding actief bedrijf betekent dat een bedrijf reageert op klachten van consumenten.

Een voorbeeld van een klacht op Klachtenkompas.⁷⁵ Een man heeft een wasmachine van ongeveer € 500,00 online bij Mediamarkt gekocht. De volgende dag wordt de wasmachine geleverd, maar bij het uitpakken wordt deze beschadigd en weer meegenomen door de bezorgers. Na telefonisch contact belooft Mediamarkt de wasmachine de volgende dag te leveren, wat niet gebeurt. Dit herhaalt zich verschillende keren. De consument beschrijft deze gang van zaken op Klachtenkompas en formuleert als oplossing:

‘Ik wil vandaag het artikel of mijn geld terug.’

De dag na plaatsing van de klacht wordt de wasmachine geleverd.

De consument reageert als volgt:

‘Mediamarkt zal toch echt haar procedures moeten verbeteren

⁷³ <https://www.klachtenkompas.nl>.

⁷⁴ <https://www.klachtenkompas.nl>. geraadpleegd op 16 april 2018.

⁷⁵ Klacht # 277366, Meijer123, 18 oktober 2017; <https://www.klachtenkompas.nl>.

ten aanzien van haar optreden nadat er een kapotte wasmachine werd afgeleverd. Namelijk:

- Onmiddellijk een nieuwe leveren, het liefst dezelfde dag en anders binnen 24 uur
- callcenterpersoneel voorzien van juiste info (namelijk: een nieuwe wasmachine wordt niet meteen geleverd).

De gevolgen voor mij:

- Ik moest 4 vrije dagen nemen ipv 1!!!
- mijn belbundel raakte op van het bellen en in de wacht staan! Ik hoop dat Mediamarkt haar procedures wijzigt nav dit incident en mij compenseert voor alle beloftes die niet zijn nagekomen, de vrije dagen die ik kwijt ben, belkosten en niet te vergeten alle stress!!!!'

Mediamarkt biedt excuses aan en een cadeaubon van € 10,00. De consument geeft door het aanklikken van een emoticon aan dat hij niet blij is met de uitkomst.

Klachtenkompas lijkt gebruik te maken van de reputatie van bedrijven om hen te dwingen tot bepaald gedrag. Zo geeft de consument publiekelijk een oordeel op Klachtenkompas, is het mogelijk om per bedrijf na te gaan of zij reageren en zo ja wat de bevindingen van de consument daarover zijn. Daarnaast roept Klachtenkompas consumenten op hun bevindingen te delen op Facebook en Twitter. Het voordeel van reputatie is dat deze op het eerste gezicht niet gebonden lijkt te zijn aan landsgrenzen. Wel roept het voorbeeld van de wasmachine bij Mediamarkt de vraag op in hoeverre sprake is van onderhandelingen in de schaduw van het recht.

Reputatie als informele sanctie bij het niet nakomen van overeenkomsten speelt een belangrijke rol in de theorie van *private ordering of self-enforcing contracts*. Deze theorie wil inzicht verkrijgen in de vraag hoe de nakoming van overeenkomsten kan worden afgedwongen zonder een gang naar de rechter en is ontwikkeld naar aanleiding van case studies waarbij de nakoming van overeenkomsten wordt afgedwongen zonder tussenkomst van een overheidsrechter.

Het uitgangspunt is dat contractspartijen pas een overeenkomst sluiten

als er zekerheid is dat de andere partij de overeenkomst zal nakomen.⁷⁶ Collins interpreteert deze zekerheid als vertrouwen in zijn boek *Regulating Contracts*.⁷⁷ Partijen sluiten pas een overeenkomst als zij het vertrouwen hebben dat een overeenkomst wordt nagekomen. Als u een auto koopt, moet u het vertrouwen hebben dat de auto wordt geleverd en de verkoper moet erop vertrouwen dat u de koopprijs betaalt. Hierbij is van belang dat dit vertrouwen wordt versterkt door sancties.⁷⁸ Als uw vertrouwen beschaamd wordt, heeft u andere middelen om de auto geleverd te krijgen. Of anders gezegd: u heeft de beschikking over zowel juridische als informele sancties. Juridische sancties zijn bijvoorbeeld een beroep op het opschortingsrecht of een gang naar de overheidsrechter, waar u alsnog levering van de auto vordert.⁷⁹ Een voorbeeld van een informele sanctie is reputatieschade.

24

Terug naar de theorie van *private ordering* of *self-enforcing contracts*.⁸⁰ Zoals gezegd is deze theorie ontwikkeld naar aanleiding van case studies. Amerikaanse ultra-orthodoxe Joodse diamantairs bewerkstelligen zonder tussenkomst van de rechter dat zij betaald worden en geen slechte diamanten geleverd krijgen. Ditzelfde geldt voor bijvoorbeeld 11e eeuwse middeleeuwse handelaren⁸¹ en Vietnamese verkopers van rijst en rubber.⁸²

Waarom ontstaan er mechanismes om problemen op te lossen zonder een gang naar de rechter? Het kan zijn dat er geen rechtssysteem is

⁷⁶ J. McMillan & C. Woodruff, Private Order under Dysfunctional Public Order, *Michigan Law Review* 98(2000) p. 2421; B.D. Richman, Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering, *Columbia Law Review* 104(2004) p. 2329; vgl. F. Weber, Is ADR the Superior Mechanism for Consumer Contractual Disputes? – an Assessment of the Incentivizing Effects of the ADR Directive, *Journal of Consumer Policy* 38(2015) p. 267.

⁷⁷ H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 110.

⁷⁸ Collins, *Regulating Contracts*, p. 101, 114 (voetnoot 77).

⁷⁹ Collins, *Regulating Contracts*, p. 102 (voetnoot 77). Collins ziet verrekening en opschortingsrechten als een derde categorie naast juridische en informele sancties.

⁸⁰ Richman, *Colum. L. Rev.* 104(2004) p. 2330.

⁸¹ P.R. Milgrom, D.C. North, B.R. Weingast, The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs, *Economics and Politics* (1990) p. 2 e.v.

⁸² McMillan & Woodruff, *Michigan Law Review* 98(2000) p. 2431.

om nakoming van een overeenkomst af te dwingen.⁸³ Of een gang naar de rechter is wel mogelijk, maar daarvan wordt om andere redenen geen gebruik gemaakt. De Vietnamese handelaren hebben geen vertrouwen in het rechtssysteem, omdat zij de Vietnamese rechters corrupt vinden.⁸⁴

Hoe werkt dit mechanisme? Het moet gaan om langdurige contractsrelaties, waarbij partijen elkaar kunnen bedriegen. Zij doen dit niet, omdat zodra dit gedrag bekend wordt, dit gevolgen zal hebben voor toekomstige transacties. Deze of andere contractspartijen zullen dan geen overeenkomsten meer met de bedrieger willen sluiten. Zijn reputatie is geschaad en hij wordt gestraft door een boycot.⁸⁵

In welke situaties kan zo'n mechanisme nu werken?⁸⁶ Ten eerste blijkt uit de case-studies dat het werkt in hechte gemeenschappen, waar men als het ware tot elkaar is veroordeeld. Voorwaarde is dat informatie vrijelijk rondgaat en het is in het lange termijn belang van de leden van die gemeenschap om zich aan sociale normen te houden. Als zij deze niet in acht nemen, zullen zij uit de gemeenschap worden gestoten. Een voorbeeld hiervan zijn de ultra-orthodoxe Joodse diamantairs uit New York.⁸⁷ Dit mechanisme kan echter ook werken als het gaat om minder hechte gemeenschappen, waarbij een veel grotere mate van anonimiteit is en er alternatieven voor contractspartijen zijn.⁸⁸ In die situaties zijn sociale normen onvoldoende om te bewerkstelligen dat overeenkomsten worden nagekomen. Volgens de literatuur moet er sprake zijn van enige mate van organisatie.⁸⁹ Een derde, bijvoorbeeld een branche-organisatie,

⁸³ McMillan & Woodruff, *Michigan Law Review* 98(2000) p. 2421; A. Porat, Enforcing Contracts in Dysfunctional Legal Systems: The Close Relationship between Public and Private Orders, A Reply to McMillan and Woodruff, *Michigan Law Review* 98(2000) p. 2467 e.v.

⁸⁴ Vgl. Porat, *Michigan Law Review* 98(2000) p. 2463 e.v.

⁸⁵ McMillan & Woodruff, *Michigan Law Review* 98(2000) p. 2423; Milgrom e.a., *Economics and Politics* (1990) p. 3.

⁸⁶ McMillan & Woodruff, *Michigan Law Review* 98(2000) p. 2421.

⁸⁷ B. D. Richman, *Community Enforcement of Informal Contracts: Jewish Diamond Merchants in New York*, John M. Olin Center for Law, Economics & Business, Discussion Paper No. 384 (2002).

⁸⁸ McMillan & Woodruff, *Michigan Law Review* 98(2000) p. 2435.

⁸⁹ McMillan & Woodruff, *Michigan Law Review* 98(2000) p. 2438 e.v.

zal informatie moeten verzamelen en verspreiden. Vervolgens zal er ook de dreiging van sancties moeten zijn door de derde of de branche-organisatie.

Nadelen van dit systeem zijn dat nieuwkomers op de markt zich weinig of niks aantrekken van reputatieschade, omdat zij nog geen reputatie te verliezen hebben en publieke belangen niet in acht worden genomen.⁹⁰

Uit onderzoek blijkt dat reputatie ook in mondiale en EU situaties kan werken.⁹¹

Als Klachtenkompas wordt getoetst aan deze kenmerken, dan moet worden vastgesteld dat het gaat om een georganiseerd systeem. De informatie wordt verzameld doordat de consumenten klachten plaatsen op Klachtenkompas. De sanctie bestaat uit de reputatieschade, door de beoordeling van de klachtenafhandeling van de consument. Een eerste, voorlopige, analyse van klachten laat zien dat bedrijven die al een reputatie hebben, zoals Mediamarkt en Cool Blue reageren op de klachten en proberen deze op te lossen. Gezegd zou kunnen worden dat deze bedrijven een langdurige relatie hebben met consumenten. Voor bedrijven die kwaad willen, oplichters, werkt Klachtenkompas niet. Deze bedrijven zijn niet gericht op langdurige relaties en het voorkomen van reputatieschade. Verder moet worden opgemerkt dat internationale bedrijven, zoals Facebook en Airbnb niet reageren op klachten op Klachtenkompas.

Tot slot

Aan het eind gekomen van mijn oratie, wil ik het College van Bestuur en het faculteitsbestuur danken voor het in mij gestelde vertrouwen om de *University Research Chair* Europees privaatrecht vorm en inhoud te geven.

Binnen het Europees privaatrecht bestaan verschillende stromingen. Ik heb het voorrecht gehad om bij verschillende betrokken te zijn geweest.

⁹⁰ Vgl. McMillan & Woodruff, *Michigan Law Review* 98(2000) p. 2454.

⁹¹ T. Dietz, *Institutionen und Globalisierung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, p. 92.

Mijn belangstelling voor het Europees privaatrecht is gewekt tijdens mijn student-assistentschap Romeins recht in Groningen. Jan Lokin en Frits Brandsma lieten mij kennis maken met Von Savigny, de andere pandektisten en het *Ius Commune*. Tijdens mijn promotieonderzoek aan het Europees Universitair Instituut in Florence lag de nadruk op de rol van het recht en het privaatrecht binnen de interne markt. Mijn promotor Christian Joerges liet ons kennis maken met economische theorieën, zoals het ordo-liberale gedachtengoed en de plaats van het privaatrecht daarin.

In de advocatuur, bij Houthoff, bleek dat de praktijk soms weerbarstiger was dan de theorie. Ruim twintig jaar geleden werd nog de vraag gesteld wat Europa met het privaatrecht te maken had. Met de digitalisering en nieuwe technologieën lijkt de praktijk zich beter bewust van de mogelijkheden en gevolgen dan de academie.

Aan de Universiteit van Amsterdam werkte ik samen met Martijn Hesselink, Muriel Veldman, Odavia Bueno Díaz en Manola Scotton als het Amsterdam Team van het Dutch Team binnen het zogenaamde European Civil Code. In deze periode ontmoette ik onder andere Hugh Collins, Hugh Beale en Ruth Sefton-Green, die mij coachten op afstand. Binnen de VU heb ik met velen samengewerkt binnen en buiten de afdeling, binnen en buiten de faculteit. Ik hoop dat we de prettige samenwerking in de toekomst zullen voortzetten.

Al degenen, mijn docenten, promotor, collega's die hebben bijgedragen en nog steeds bijdragen aan mijn juridische vorming en ontwikkeling wil ik heel hartelijk danken. Daartoe reken ik ook de studenten. Hun kritische geest is een voorwaarde voor eigentijds juridisch onderwijs.

Vandaag draag ik de toga van Sarah van Walsum, die te vroeg is overleden. Zij heeft als hoogleraar Migratierecht en familiebanden op een betrokken wijze leiding gegeven aan onderzoek en onderwijs. Ik ervaar het als een eer haar toga te dragen. Ik hoop dat ik in haar gedachten handel.

Ik heb gezegd.

